JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO EL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, veintinueve (29) noviembre de dos mil trece (2013).

Ref.:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor:	BORIS PALOMINO PEREZ.
Demandado:	NACIÓN – MINEDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FIDUPREVISORA S.A.) EL DEPARTAMENTO DEL CESAR.
Radicación:	20-001-33-31-001-2012-00350-00

I. ASUNTO

BORIS PALOMINO PEREZ, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda contra NACIÓN – MINEDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FIDUPREVISORA S.A.) Y EL DEPARTAMENTO DEL CESAR, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

Primera: Declarar la nulidad del acto administrativo oficio **CSED ex Nº 2785 del 31 de Julio de 2012**, por medio del cual se solicita el pago de una sanción moratoria por el pago tardío del auxilio definitivo de cesantía.

Segunda: En consecuencia se ordene a NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DEL CESAR-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FIDUPREVISORA S.A a que efectué el reconocimiento de la sanción moratoria a la que tiene derecho su mandante, de acuerdo con las razones arriba expresadas.

Tercera: Como consecuencia de la anterior declaración; Que a título de Restablecimiento del Derecho se ordene a NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DEL CESAR-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A a efectuar el pago de la sanción moratoria a la que tiene derecho mi mandante junto con la respectiva indexación.

Cuarta: Se ordene a los demandados cumplir la sentencia en los términos previstos en el Articulo 192 de la Ley 1437 de 2011.

IV. HECHOS

1º- Su mandante radicó documentación completa para solicitar cesantías parciales el día 15 de Septiembre de 2011.

2º- La petición de su mandante fue resuelta mediante resolución 5994 del 15 de noviembre de 2011.

3º- El pago efectivo se constató el día 15 de Mayo de 2012.

4º- Los artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, determinan que las solicitudes de cesantía deben ser resueltas en un término no mayor de 45 días hábiles.

5º- De acuerdo con el parágrafo del artículo 5 de la ley 1071 de 2006 la entidad pagadora está obligada a reconocer y pagar de sus propios recursos un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago.

6º- En el caso concreto los 45 días se cumplieron el día 18 de Enero de 2012, fecha desde la cual la entidad accionada se encuentra en mora de pagar la prestación.

7º- A la fecha de la aludida petición su mandante recibía como remuneración diaria la suma de $50.677 pesos mcte.

8°- No existe razón para que los demandados no reconozcan el pago de la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006.

9° - Con petición de 16 de Julio de 2012, se solicita al DEPARTAMENTO DEL CESAR-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

10°- Con oficio CSEDex nº 2785 del 31 de Julio de 2012, se niega a su mandante el reconocimiento de la Sanción Moratoria.

11° - Con fecha de 22 de Noviembre de 2012 se llevó a cabo diligencia de audiencia pública ante la Procuraduría 47 Administrativa, diligencia ante la cual se manifestó la imposibilidad de establecer un acuerdo conciliatorio en lo que respecta a las pretensiones, frente a lo cual el Ministerio Público levantó acta de Conciliación Extrajudicial según lo dispuesto por el Decreto 1716 de 2009.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se consideran infringidas las siguientes disposiciones: arts. 2 Y 25 de la Constitución Política, art. 5 de la ley 1071 DE 2006 Y ART. 1 del Decreto 1919 de 2000.

En lo tocante al concepto de la violación manifestó que la administración, además de incurrir en el retardo de cancelar la prestación a su mandante, hace una indebida aplicación de la legislación correspondiente, en lo concerniente al pago del auxilio de cesantía, ya que invoca una normatividad que si bien regula el pago de las prestaciones de los servidores públicos y lo somete a la disponibilidad presupuestal, desconoce la ley 244 de 1995, la cual a su vez fue modificada por la ley 1071 de 2006, preceptivas que establecen que las entidades pagadoras están obligadas a reconocer y pagar de sus propios recursos un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el legislador con la finalidad de hacer más eficiente la administración, sin embargo no obsta para que sea la administración la que reconozca los errores más aún cuando se trata del pago de prestaciones sociales.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la entidad demandada **Ministerio de Educación Nacional** contestó la demanda manifestando con respecto a los hechos 1°, 2°, 3°son ciertos; los hechos 4° y 5° No son hechos, sino apreciaciones jurídicas; los hechos 6° y 7° No le consta, y el hecho 8° No es cierto. Con respecto a las pretensiones de la demanda expresó que se opone a todas por carecer de fundamento de hecho y derecho que avale su prosperidad. Propone las excepciones de: 1) **Inexistencia del Derecho por errónea interpretación de la norma**: Argumentando que se estructura este hecho a la pensionada como régimen legal que define y determina su derecho prestacional. 2) **Buena fe**: La hace consistir en el hecho de que el Ministerio de Educación Nacional ha actuado con la más absoluta buena fe y ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33 de 1985 a la pensionada como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esa forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación. 3.) **Pago:** La entidad demandada ha cancelado todas y cada una de las prestaciones

periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuanta los Factores salariales a tener en cuenta según **4) Genérica o innominada:** Manifiesta que cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia. 5) **Caducidad:** La hace consistir en el hecho de que operó la caducidad de las acciones tendientes a modificar el acto acusado a la luz de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo artículo 136.

El Departamento del Cesar, a través de su apoderada judicial, contesto la presente demanda, aceptando unos hechos, y fundando su defensa diciendo que de conformidad con la ley 1071 del 2006, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria recae única y exclusivamente en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., configurándose frente al ente territorial la falta de legitimidad material por pasiva, ya que las Secretarias de Educación Departamental, son simples gestores para los trámites de las prestaciones de los docentes, en la medida que quien aprueba y cancela dichos estipendios, es el Ministerio de Educación Nacional Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A

Propuso como excepciones las siguientes:

Falta de Legitimidad Material por Pasiva del Ente Territorial: Manifiesta que las Secretarias de Educación Departamental, son simples gestores para los trámites de las prestaciones de los docentes, en la medida que quien aprueba y cancela dichos estipendios, es el Ministerio de Educación Nacional Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A. y como quiera que a la actora se le reconoció y pago las cesantías parciales y su pretensión se dirige exclusivamente al pago de la sanción moratoria, el Departamento no era el competente para resolver dicha solicitud.

Legalidad del Acto Administrativo Demandado: Manifiesta en lo tocante a esta excepción que el Departamento del Cesar cumplió con la obligación mediante la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales, tal como se ilustra en el acto demandado.

Inexistencia de la Obligación: Manifiesta que la entidad territorial en virtud de los principios de coordinación y colaboración sólo participa como mero gestor en el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin tener autonomía para asignar derechos frente a este se torna inexistente la obligación de reconocer y pagar la sanción o indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

La apoderada judicial del demandante: mediante escrito presentado el día 19 de junio de 2013, descorre el traslado de las excepciones propuesta por la entidad demandada Departamento del Cesar de la siguiente manera:

Frente a la Falta de Legitimación Material por Pasiva del Ente Territorial, Manifiesta que si bien el acto administrativo se profirió por conducto de la Secretaria de Educación, esto obedece a la asignación de funciones que determinó la Nación Ministerio de Educación por conducto de la ley 60 de 1993 y la ley 715 de 2001. En virtud de la ley 91 de 1989, ley 962 de 2005, le corresponde a la Secretaria intervenir en la concreción del acto administrativo, así como a la correspondiente entidad fiduciaria. Esta última norma dispone que la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarias de Educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Frente a la Legalidad del Acto Administrativo, Afirma que por tratarse de un medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, corresponde al juez en la sentencia determinar la legalidad del acto administrativo censurado.

Frente a la Inexistencia de la Obligación, Establece que es clara la existencia de la obligación a reconocer lo pretendido por cuanto la fuente de esta es la ley (artículo 5 de la ley 1071 de 2006).

De igual forma se pronuncia sobre las excepciones propuesta por el Ministerio de Educación Nacional:

Frente a la Excepción de Buena Fe, manifiesta que la administración no puede escudar una mala actuación, en principios y normas que como organismo rector de la administración pública, crea, protege y sanciona frente a su incumplimiento.

Frente a la Genérica y Caducidad, afirma que es una obligación que la ley le impone al juez valorar.

Frente a la Excepción de Ausencia de Causa, manifiesta que es claro que el pago del auxilio de cesantía, se efectuó después del término previsto en la ley 1071 de 2006, lo que faculta directamente a su mandante para reclamar la sanción que la misma ley establece.

VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 18 de Diciembre de 2012 (fl. 09) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 28 de Enero de

2013 (fl 25), notificaciones, a las entidades demandadas (fl. 28), al Procurador Judicial Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl. 28) y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl 30). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, en el cual las entidades demandadas Ministerio de Educación Nacional y Departamento del Cesar se pronunciaron al respecto (fls 31 - 56), se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl 58), la cual se surtió decretándose la práctica de las pruebas solicitadas y se procedió a fijar fecha y hora para la audiencia de pruebas el día 10 de octubre del 2013, en donde el despacho encontró que las pruebas solicitadas fueron allegadas al procesos y se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos por las partes, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de vencido el término para la presentación de los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la presente sentencia.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad procesal las partes guardaron silencio.

VIII. CONSIDERACIONES

8.1. Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde ocurrió el hecho. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

Como las excepciones formuladas por los apoderados judiciales de las entidades demandadas tienen que ver con el fondo del asunto, estas serán resueltas a medida que se vayan resolviendo las presentes consideraciones y, solo en la medida en que tengan prosperidad las súplicas de la demanda.

8.2. Problema Jurídico.

Debe el Despacho dilucidar en el presente proceso si el demandante tiene derecho a que las entidades demandadas cancelen la sanción moratoria como consecuencia del retraso en el pago de las cesantías definitivas. Así mismo determinar si la excepción propuesta por el Departamento del Cesar, está llamada a prosperar, en el entendido que el ente

territorial cuando expide el acto administrativo de reconocimiento prestacional, actúa en representación de la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a cargo exclusivamente el pago de la prestación del accionante.

8.3. Antecedentes y Normatividad Aplicable.

La **Ley 6ª de 1945**, antiguo Régimen de Cesantías de los empleados públicos, en la Sección Tercera "De las prestaciones sociales" dispone:

Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942..."

***La Ley 65 de 1946,** por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, prevé:*

"Artículo 1. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, háyanse o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al Auxilio de Cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1° de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro."

Posteriormente, se promulgó la **Ley 244 de 1995**, por la cual **se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones,** la cual señala:

***"Artículo 1°.-** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.*

***Artículo 2°.-** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

Parágrafo.- *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste".*

Finalmente, se promulgó la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, se reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijaron términos para su cancelación, señalando:

(...)

ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el

funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".

Como puede observarse, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

De lo anterior se concluye que cuando los supuestos fácticos recaen sobre el pago tardío de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no previó una sanción diferente a la del pago de un día de salario por cada día de retardo.

8.4 De la aplicación de la Sanción por Mora regulada por la Ley 1071 de 2006, a los docentes.

Debe indicar el despacho que si bien no existe una línea jurisprudencial clara y que constituya doctrina vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes respecto a la mora en la cancelación oportuna de las cesantías, toda vez que del recorrido al respecto se encontraron decisiones del órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que defiende la tesis de que la Ley 91 de 1989 es una norma especial que se aplica de manera prevalente a la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al pago de las cesantías para los docentes, y en cuanto a la sanción por mora en el pago oportuno de las cesantías, y que por ello la disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva para los docentes del sector público, al encontrar evidente que la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes y que dentro de su normatividad no se contempla la sanción que reclama el actor.

Como también existen sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado[1], en los cuales reconocen sin mayores resquemores al respecto dan aplicación a la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes. , y si bien estas decisiones no configuran por si mismos una posición unificada en el tema, a criterio del despacho es la posición que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral por resultar menos favorable el régimen especial, que el general;

---

[1] - *Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicación No.23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21*

Los mismos motivos le ha reconocido el Consejo de Estado a la norma que establece la sanción por retardo al pago de las cesantías, cuando expone, al analizar un supuesto de un empleado de orden territorial, cuya prestación se causó antes de la vigencia de la ley 244 de 1995, de todas formas indicó:

"Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social. En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable. Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente. ....."

La legitimación en la causa por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "*En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva*".

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-

000-2000-02571-01 (1275-08), MP Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sostuvo:

"...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; ***la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño****. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material,* ***pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza****, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...."*

Así las cosas, queda claro que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, en razón de que no afecta el procedimiento, mas bien es la relación jurídico material que existe entre el demandante y quien debe ser demandado. Es pues, un asunto sustancial.

8.5. Lo Probado en el Proceso:

De las pruebas allegadas al proceso, se extraen las siguientes relevantes:

- Copia de la resolución No. 005994 del 15 de noviembre de 2011, por medio del cual reconocen la prestación (fls 10 – 11).
- Copia de derecho petición (fls 12 – 13).
- Recibo de pago de la prestación.
- Copia de la respuesta al derecho de petición No. SAC – 15423PQR2012.

El Caso Concreto.

Con base en las pruebas recaudadas se acreditó que el señor Boris Palomino Pérez, a través de la **Resolución No. 005994 del 15 de noviembre de 2011,** La Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, le reconoció por concepto de liquidación parcial de cesantías la suma de $ 7.733.643.oo. Frente a esta situación, el actor solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, le sea reconocido el derecho al pago de la sanción moratoria generada a su favor, por el incumplimiento de los términos fijados por la ley para el pago de las cesantías.

Pues bien, advierte el Despacho que el Departamento del Cesar/Secretaria de Educación Departamental, propuso entre otras, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la que está llamada a prosperar, en razón que dicho ente, no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria del accionante, sino que de conformidad con la Ley 91 de 1989 artículo 9, articulo 56 de la Ley 962 de 2005, y el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, se encarga en condición de delegada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de proyectar y elaborar el acto administrativo (resolución mediante se le reconoce una cesantía parcial a los docentes), para luego enviarlo a la sociedad fiduciaria, para su pago. Por lo anterior, dicho ente territorial no tiene legitimación para ser parte en este proceso y así se declarara en la parte resolutiva de esta providencia, relevándose de pronunciarse de fondo sobre las otras excepciones propuestas por el Departamento del Cesar.

Luego de analizar el material probatorio allegado al expediente, este servidor judicial considera que el acto demandado, es decir el CSEDex No. 2785, proferido el día 31 de julio de 2012 por la Secretaria de Educación Departamental, como delegada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Ley 91/89), no está vulnerando ningún derecho, pues, dicha Secretaria no es la oficina competente para resolver su solicitud de indemnización moratoria, ya que según la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, quien esta a cargo del pago de las cesantías es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no está desconociendo los derechos del accionante tal y como se pasa a explicar en las siguientes argumentaciones, veamos:

La ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en su artículo 5 estipuló:

Artículo 5°.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal (...)

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3° dice:

(...)

Artículo 3°.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

(....)

Artículo 9°.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

El acto demandado CSEDex No. 2785 expedido por la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, se limita a explicarle al peticionario, que el articulo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto Nacional 2831 de 2005, "*racionalización de tramites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las prestaciones sociales que pagará el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por el citado fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la se encuentra vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial*"

En el caso concreto se evidencia que, si bien, la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, elaboró el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales del docente Boris Palomino Pérez, la FIDUPREVISORA S.A. (encargada de la administración de los recursos del Fondo de Nacional de Prestaciones del Magisterio), previa aprobación del proyecto de resolución las prestaciones sociales será quien reconozca y pague dicha prestación, razón por la cual el ente territorial se sustrae de la relación sustancial que dio origen a la demanda.

Considera este Despacho que el acto aquí demandado no es contrario a la Ley, se encuentra ajustado a derecho, no desconoce los derechos del accionante, pues, el mismo solo se limita a manifestarle al actor que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, través de una fiducia que en la actualidad es la FIDUPREVISORA S.A; es la entidad que atenderá el pago de las prestaciones de los docentes afiliados, una vez la Secretaria elabore el acto administrativo o la resolución reconociendo la prestación.

Valoración del caso y decisión. De acuerdo con lo expuesto, para el Despacho es claro que la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar no está legitimado en la causa para responder por las pretensiones del demandante, pues no posee relación sustancial con él, dado que no es el llamado a pagar las prestaciones sociales de los docentes por lo que acogerá la excepción propuesta y declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a ésta.

Los argumentos expuestos en líneas anteriores servirán de fundamento para que este Juzgado proceda a denegar las pretensiones del presente medio de control, pues no se avizora que el acto demandado sea contrario a las norma pensiónales y/o prestacionales aplicados al actor, pues, su labor como Secretaria de Educación consiste en la elaboración del acto y así lo hizo, y quien debe cancelarle sus cesantías en término, es la sociedad fiduciaria. Por lo que el oficio objeto de reproche, no desconoce de derecho alguno, y así se lo dan a conocer al abogado de la parte demandante.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Nación – Mineducación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no profirieron acto administrativo alguno en la presente controversia, el Despacho se sustrae de pronunciarse y de proferir condena en contra de éstos.

Costas. . Considerando que la parte demandante no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no procede la condena en

costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 188 del C.PA.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva esgrimida por el apoderado judicial de la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Niéguense las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: En firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.

JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ
~~Juez Primero A~~dministrativo del Circuito de Valledupar.

PFMA

República De Colombia

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE VALLEDUPAR - CESAR

E D -I C T O

RADICADO	:	*20001-33-33-001-2012-00350-00*
CLASE DE PROCESO	:	*NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
DEMANDANTE (S)	:	*BORIS PALOMINO PEREZ*
DEMANDADO (S)	:	*MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A.- DEPARTAMENTO DEL CESAR*

EL SUSCRITO SECRETARIO DE ESTE DESPACHO JUDICIAL, ***HACE SABER*** QUE DENTRO DEL REFERENCIADO, SE DICTO:

SENTENCIA DE FECHA	***EL SEÑOR JUEZ***
29 DE NOVIEMBRE 2013	JAIME ALFONSO CASTRO MARTINEZ

Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES Y DEMAS INTERESADOS DEL CONTENIDO DEL FALLO ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE **EDICTO**, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA DE ESTE JUZGADO, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY **CINCO *(05) de* DICIEMBRE de DOS MIL TRECE *(2013)***, SIENDO LAS OCHO (***8:00)*** DE LA MAÑANA.

JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE ***EDICTO*** *SE DESFIJA HOY* **DICIEMBRE NUEVE *(09) DE 2013***, *SIENDO LAS SEIS (6:00) DE LA TARDE, DESPUES DE ESTAR FIJADO POR EL TERMINO LEGAL, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA.*

JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO